

論 説

「早すぎた構成要件の実現」の一考察 ——いわゆるクロロホルム殺人事件をめぐる——

高 橋 則 夫

- 1 序 説
- 2 クロロホルム殺人事件
- 3 行為の個数
- 4 実行行為性の判断
- 5 故意の構造
- 6 結 語

1 序 説

近時、同一行為者の複数行為による結果惹起の問題に関する判例が続いている。すなわち、ベランダ殺人事件（東京高判平13・2・20判時1756号⁽¹⁾）、シャクティ治療殺人事件（千葉地判平14・2・5判タ1105号284頁、東京高判平15・6・26高検速報3203号⁽²⁾）、そして、本稿で問題とする、クロロホルム殺人事件（最決平16・3・22刑集58巻3号187頁⁽³⁾）がこれである。ベランダ殺人事件では、「刺突行為」と「掴みかかる行為」、シャクティ治療殺人事件では、「連れ出し行為」と「不保護行為」、クロロホルム殺人事件では、「クロロホルム吸引行為」と「海中転落行為」というように2段階⁽⁴⁾の行為が問題となった。このように、行為者が、複数行為によって犯罪結果を惹起するという犯罪形態の場合、それぞれの行為の連関をどのよう

に理解するかが問題となろう。これら 3 判例は第 1 行為と第 2 行為が遂行された場合であり、それぞれの行為性の判断、実行行為性の判断、結果の客観的帰属及び主観的帰属の判断という、きわめて困難な問題が錯綜している。とりわけ、ベランダ殺人事件とクロロホルム殺人事件においては、いわゆる「早すぎた構成要件の実現」が問題となり、犯罪論のキー概念である、行為、実行、帰属などの問題について検討を加えることなしには解決できない問題といわねばならない。

「早すぎた構成要件の実現」とは、たとえば、行為者の意図としては、第 2 行為で結果発生を予定していたところ、第 1 行為で結果が発生してしまったというように、行為者の意図するよりも早い段階で構成要件の結果が発生した場合をいう。いわば、ウェーバーの概括的故意の逆の事例である。⁽⁵⁾ この場合、第 1 行為が、いまだ予備段階である場合と未遂段階である場合とに分かれる。⁽⁶⁾ たとえば、前者の場合として、妻が夫を殺害しようと、夕食時に毒入りウイスキーを差し出すため、戸棚に隠しておいたが、たまたま夫が早く帰宅し、勝手に戸棚からウイスキーを取り出し飲んだ結果、夫が死亡したという事例が挙げられる。後者の場合としては、昭和 58 年横浜地裁判決の事案が挙げられるよう⁽⁷⁾。すなわち、被告人が焼身自殺を図ろうとして、密閉された木造家屋内に大量のガソリンを撒いた後、最後のタバコを吸おうとタバコに点火したところ、撒いたガソリンが気化していてこれに引火し、同家屋を全焼させたという事案がこれである。前者の場合、殺人既遂罪は認められず、殺人予備罪と（重）過失致死罪が成立することに争いはなく、争いがあるのはその理論構成についてである。後者の場合、放火の実行の着手が肯定され、具体的危険が発生しているがゆえに、放火罪の未遂が成立することについては一部の反対説を除きほとんど争いはないが、判例・通説は放火罪の既遂の成立を認めており、この点について未遂説と既遂説の争いがあり、もちろん、その理論構成についても争いがある。

「早すぎた構成要件の実現」の処理に際し、行為者に故意（殺意）があ

り、実行の着手（実行行為）もあり、結果が発生している以上、殺人既遂罪の成立を認めることに何の問題もないではないかという「素人的判断」に盲従することなく、その帰結が刑法の基本原則に合致するか否かを慎重に検証する必要があることはいうまでもない。とりわけ、ここでは、犯罪構成要素の「同時存在原則」に合致するか否か、あるいは、この原則の例外を認めることに正当性があるか否かが問われなければならない。なぜなら、別稿で論じたように、同時存在原則は、犯罪行為の構成要素の相互連関、すなわち、犯罪論における帰属問題、規範の相互連関の問題だからであり、これを考慮しない犯罪論は悪しき全体的考察に陥り、犯罪論構築の意味が失われるからである。

このような問題意識から、本稿は、クロロホルム殺人事件を素材にして、行為の問題、実行の問題、帰属の問題について若干の検討を加えるものである。

2 クロロホルム殺人事件

本件の事実の概要は次のとおりである。

甲は、夫である被害者Vを事故死に見せかけて殺害し生命保険金を詐取しようと考え、乙に殺害の実行を依頼し、同人は、報酬欲しさからこれを引き受けた上、他の者に殺害を実行させようと考えて実行犯3名を仲間に加えた。甲は、殺害の方法については乙らに委ねていた。

乙は、実行犯3名の乗った自動車をVの運転する自動車に衝突させ、示談交渉を装って被害者Vを実行犯の自動車に誘い込み、クロロホルムを使って同人を失神させた上、最上川付近まで運び同人の自動車ごと崖から水中に転落させて溺死させるという計画を立て、平成7年8月18日、実行犯3名にこれを実行するように指示した。実行犯3名は、助手席側ドアを内側から開けることのできないように改造した自動車にクロロホルム等を積んで出発したが、Vを溺死させる場所を自動車で1時間以上かかる当初の

予定地から近くの石巻工業港に変更した。

同日夜、乙は、甲から、Vが自宅を出たとの連絡を受け、これを実行犯 3 名に電話で伝えた。実行犯 3 名は、石巻市内の路上において、計画どおり、自車をVの運転する自動車に衝突させた上、示談交渉を装ってVを自車の助手席に誘い入れ、同日午後 9 時 30 分頃、多量のクロロホルムを染み込ませてあるタオルを同人の背後からその鼻口部に押し当てるなどしてクロロホルムの吸引を続けさせて同人を昏倒させた（第 1 行為）。その後、実行犯 3 名は、被害者Vを約 2 キロ離れた石巻工業港まで運んだ上で乙を呼び寄せ、同人が到着した同日午後 11 時 30 分頃、同人とともに、ぐったりとして動かないVをその自動車の運転席に運び入れた上、同車を岸壁から海中に転落させて沈めた（第 2 行為）。

このように、乙らは計画どおり犯行を実行したが、Vの死因は、でき水に基づく窒息であるか、そうでなければ、クロロホルム摂取に基づく呼吸停止、心停止、窒息、ショックまたは肺機能不全であるが、いずれであるか特定できず、第 2 行為の前の時点で、第 1 行為により死亡していた可能性がある。また、客観的にみれば、第 1 行為は、人を死に至らしめる危険性の相当高い行為であったが、乙及び実行犯 3 名は、第 1 行為自体によってVが死亡する可能性があるとは認識していなかった。

第 1 審判決（仙台地判平成14年 5 月29日判例集未登載）は、甲、乙及び実行犯 3 名につき、殺人既遂罪の成立を認めた（なお、本件では保険金詐欺も問題となっており、結局、殺人既遂罪および詐欺罪の共同正犯が認められ、甲・乙に無期懲役、実行犯 3 名に、それぞれ懲役20年、18年、13年言い渡された）。実行犯の 1 人を除く 4 名が控訴し、実行犯によるクロロホルム吸引行為時に、殺人の故意はないから、傷害致死罪であり、海中転落時には被害者は死亡していたのだから、殺人罪は不能犯であると主張した。

第 2 審判決（仙台高判平成15・ 7 ・ 8 判時1847号154頁、判タ1147号297頁）は、クロロホルム吸引行為は、単に被害者を拉致し転落場所に運ぶためのみならず、自動車ごと海中に転落させて溺死させるという予定した直接の

殺害行為に密着し、その成否を左右する重要な意味を有し、被告人らが予定した殺人の実行行為の一部をなす行為とみなしうる行為であり、被告人らは、クロロホルム吸引行為が予定した殺害行為に密着し、それにとって重要な意味を有する行為であると認識しており、殺人の実行行為性の認識に欠けるところはないとして、殺人の実行行為性を肯定し、その後、被害者を海中に転落させる殺害行為に及び、クロロホルム吸引行為により死亡したとしても、それはすでに実行行為が開始された後の結果発生に至る因果の流れに関する錯誤に過ぎないと判示した。

これに対して、甲及び乙が上告したのが本件である。

最高裁の決定要旨は、次のとおりである。

（上告棄却）「実行犯3名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上、その失神状態を利用して、Vを港まで運び自動車ごと海中に転落させてでき死させるというものであって、第1行為は第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、実行犯3名は、クロロホルムを吸引させてVを失神させた上自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯3名の認識と異なり、第2行為の前の時点でVが第1行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けるところはなく、実行犯3名については殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる。そして、実行犯3名は被告人兩名との共謀に基づいて上記殺人行為に及んだものであるから、被告人兩名もまた殺人既遂の共同正犯の罪責を負うものといわねばならな

い。」

本件事案において、最高裁は、「クロロホルム吸引行為」と「海中転落行為」という 2 個の行為に分けたうえで、それぞれの連関を問題とすることによって、実行行為性の判断を行っている。すなわち、第 1 行為（クロロホルム吸引行為）は第 2 行為（海中転落行為）を確実にかつ容易に行うために必要不可欠なものであったこと、第 1 行為に成功した場合、それ以降の犯罪計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められること、第 1 行為と第 2 行為との間が時間的場所的に近接していることという 3 点を指摘し、それを判断基準にして、第 1 行為は第 2 行為に密接な行為であり、第 1 行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められことを根拠に、第 1 行為の時点において殺人罪の実行の着手があったと解するのが相当であると判示した。これらの点については、行為性、実行行為性、実行の着手時期などが問題となろう。

また、最高裁は、第 1 行為と第 2 行為とを「一連の殺人行為」と位置づけ、それに着手し、目的を遂げたことを根拠に、殺人の故意に欠けるところはないと判示したが、この点については、故意の存在時期、故意の内容などが問題となろう。

3 行為の個数

同一行為者の複数行為による結果惹起については、一定の犯罪（とされる）事象の中で、いかなる態度を刑法的評価の対象とするかという点がまずもって問題となる。すなわち、そもそも複数行為なのか否か、複数行為とした場合に、どれとどれが対象とされるのかが問題となろう。これは、行為論のレベルの問題である。行為を自然的観察で把握する見解によれば、様々な動作をすべて包含し、刑法的評価の対象として行為を特定することが困難となろう。社会的行為論によれば、社会的に意味ある態度か否

かによって決定され、本件の場合、クロロホルム吸引行為と海中転落行為の2つの行為がそれに当たるとする帰結となる。この考え方に対しては、すでに構成要件の評価を加えているからこの2つの行為を選択できるのであり、実行行為性の判断で足りるという批判がある⁽¹⁰⁾。しかし、行為が構成要件に該当する場合に実行行為となるのであり、構成要件該当性判断の対象を特定することなしに、構成要件該当性判断を行うことはできないのである。また、実行行為性の判断で足りるとする見解は、構成要件の結果から出発して法益への危険性のある事象を探し出すという帰属論的な考え方であろうが、この考え方によると、最高裁のように、「一連の殺人行為」として包括させることが容易になり、各行為の相互連関の問題が捨象される危険性がある。また、構成要件の結果は、構成要件の行為の存在があつてはじめて評価されるのであり、人の死それ自体に対して、何罪の結果であるかを判断することはできないのである⁽¹¹⁾。

本件事案における行為について、1個であると評価することも可能であろう。判例は、「一連の行為」という表現をしばしば使用している。「シャクティ治療殺人事件」においても、「連れ出し行為」と「不保護行為」を包括する「一連の行為」を設定し、それに対して実行行為性判断を行っているが、「一連の行為」の意味及び基準は必ずしも明確ではない。

行為が1個か2個かあるいは数個かは、自然的動作を対象としてそれが社会的に意味ある態度か否かという視点から考えざるを得ないように思われる。社会的評価は法的評価を見定めながらも、社会的観察による評価であり、このような視点は、観念的競合における「一個の行為」の意義が問題とされた昭和49年最高裁判決が示すところでもある⁽¹²⁾。その際、行為の客観面を基礎としつつも、行為者の意思及び結果を考慮してはじめて、その社会的意味を判断することが可能となる。これによれば、本件では、行為者の計画及び死という結果との関係を考慮することによって、クロロホルム吸引行為と海中転落行為という2つの態度が刑法上の行為であると結論づけることができるであろう⁽¹³⁾。

4 実行行為性の判断

クロロホルム吸引行為と海中転落行為が第 1 行為と第 2 行為として選択された後に、それらに対して、実行行為性の判断と実行の着手時期の判断が行われる。両者の判断は、一般には重なり合い、同時存在するものと考えられているが、同時存在性を否定する見解もある⁽¹⁴⁾。また、第 2 行為は、前述（注（5））のように、死体に対する殺人であり、不能犯か未遂犯かという問題もあるが、本件においては、ハードな客観的危険説を採らない以上、具体的危険性は肯定され、実行行為性は肯定されるように思われる。

まず、第 1 行為だけに実行行為性を認め、第 2 行為を因果関係の中に位置づけるという考え方もあり得よう。熊打ち事件（最決昭53・3・22刑集32巻2号381頁）において、行為者の第 2 行為（故意行為）を第 1 行為（過失行為）の因果関係の介在事情に位置づけた最高裁の考え方がこれである。本件 2 審判決も同様の考え方であろう。しかし、社会的に意味ある自己の行為を因果関係の中に埋没させることの根拠は必ずしも明らかではなく、行為者の行為が独立して複数存在する場合は、それぞれが独立した刑法的評価の対象とされなければならないだろう。さらに、第 1 行為に実行行為性を認めつつ、第 2 行為に実行の着手を認める見解もあり得よう。これは、実行行為と実行の着手時期との同時存在を否定する考え方であるが、離隔犯の場合には、この考え方によっても説明することは可能であるが、本稿で問題としている複数行為による結果惹起の場合には、第 1 行為にも着手が認められるのではないかという疑問がある。

次に、第 2 行為だけに実行行為性を認める考え方もあり得よう。しかし、この場合に問題となるのは、第 1 行為の位置づけである。2つの考え方が可能であろう。1つは、第 1 行為は予備行為であると解して、第 2 行為に実行の着手時期を求めるとともに、そこに実行行為性を認める考え方

⁽¹⁵⁾である。この見解は、実行行為と実行の着手時期との同時存在を肯定するものであり、これによれば、本件の場合、予備行為から結果が発生した事例と解することになる。なお、この立場から、前述（注（5））のソワダの見解、すなわち、第2行為について未遂犯を肯定し、第1行為については、過失犯の成立しか認めないという帰結もある。もう1つは、第2行為に実行行為性を認めつつ、実行の着手時期は第1行為に認めるという考え方である。これは、第2行為を殺人の構成要件に該当する行為と解し、第1行為をそれに密接する行為と解することによって、実行の着手時期は第1行為時に求めるわけである。実行行為と実行の着手時期との同時存在を否定するものであるが、第1行為によって未遂犯の成立を認める以上、第1行為も実行行為性を有すると解せざるを得ないだろう。

最後に、第1行為と第2行為の双方に実行行為性を認める考え方であり、最高裁決定の立場である。最高裁決定は、第1行為にも実行行為性が認められるか否かを問題とする結果、第1行為に実行の着手が認められるか否かがもっぱら問題とされ、実行の着手論の展開に至ったわけである。

判例は、複数行為による結果惹起の事案における「実行の着手時期」について、直接的な法益侵害行為以前の行為に実行の着手を認めている。すなわち、密接行為説⁽¹⁶⁾あるいは実質的客観説、さらには、折衷説的な見解を採用しているといえよう。

たとえば、殺人罪につき、名古屋地判昭和44・6・25判時589号95頁は、被害者に睡眠薬を飲用させ、または木棒で殴打して昏睡または気絶させ、その状態を利用して被害者を自動車に乗せて峠まで運び、自動車に乗せたまま崖に衝突させるか、自動車ごと谷間に墜落させるかして殺害することを計画し、夕食時に被害者に睡眠薬を酒などに混入して飲ませ、その約4時間後、睡眠中の被害者の顔面をすりこ木で殴打して気絶させようとしたところ、被害者が目を覚まして抵抗したため殺害の目的を遂げなかったという事案について、数個の連続かつ殺人行為そのものに向けられた一連の計画的行為、換言すれば、殺人行為そのものに向けられたということで限

定された一連の計画中の一つの行為の結果によってさらに次の行為を容易ならしめその行為の結果によって最終的には現実の殺人行為それ自体に容易ならしめるという因果関係的に関連を持つ犯罪行為の場合においては、これらの一連の行為を広く統一的に観察し、最終的な現実の殺人行為そのものの以前の段階において行われる行為についても、それらの行為によってその行為者の期待する結果の発生が客観的に可能である形態、内容を備えている限りにおいては、その行為の結果は殺人という結果に密接不可分に結びついているので、殺人の結果発生について客観的危険のある行為といふことができ、殺人行為に着手したものであるとした。これに対して、大阪地判昭和57・4・6判タ477号221頁は、被害者宅に行き、同女をひもで縛り上げて用意した寝袋に入れ、権利証等を強取した後、同女を残したまま、同女の車を解体屋で処分し、その後で再び同女方に戻り、自分の車に寝袋に入れた被害者を積み込み運び出し、殺害して失踪を装うという計画に従って犯行を開始したが、被害者を寝袋に入れた後に気絶させる目的で頭部を灰皿で殴打した行為について強盗殺人未遂が問題となった事案について、殴打行為がその後に予定されていた殺害行為そのものに密接不可分に結びついていると評価するのは困難であり、殺人の結果発生についての直接的・現実的危険性はなく、殺害の実行の着手とみることはできないとした。さらに、強姦罪については、最決昭和45・7・28刑集24巻7号585頁（強姦致傷）、放火罪については、前出昭和58年横浜地裁判決などがある。

本件においても、最高裁は、第1行為と第2行為とが「一連の行為」として包括できることを根拠に、その「一連の行為」の中に実行の着手時期を看取するわけである。すなわち、①第1行為自体の法益侵害の危険性を理由としていない。②殺害計画に照らして、第2行為を確実かつ容易に行うためには第1行為が不可欠である。③第1行為に成功すれば、計画遂行の障害はなくなる。④第1行為と第2行為との間には時間的場所的接性がある、という事情を根拠とした。これは、実行の着手時期に関する学説

のうち、折衷説に親近性のある考え方といえるだろう。折衷説は、行為者の所為計画を考慮して実行の着手時期を決定する見解であるが、後述するように、そこにおける所為計画あるいは所為決意は故意とは異なるものである。第1行為に実行行為性を認めることができたとしても、その時点で故意があるか否かがまさに問題となるだろう。「一連の行為」から「一連の実行行為」が導き出され、それによって結果が発生した場合、殺害意思がこの間のどこかに同時存在すれば、殺人既遂罪の成立が認められるという帰結は回避されなければならないのである。

5 故意の構造

最高裁決定は、必ずしも明らかではないが、第1行為に実行の着手を認めることによって、いわゆる「早すぎた構成要件実現」の問題について、実行行為を2つと評価しつつも、因果関係の錯誤の問題と位置づけて、その錯誤が相当因果関係の範囲内であり、故意を阻却しないという考慮をしたものと思われる。第2行為の位置づけについて不明確な点があるが、いずれにせよ、(殺人の) 実行の着手後の処理ということが、既遂犯を認める根拠となっている。しかし、問題は、実行の着手・実行行為性が認められた場合に、その時点で故意は存在していたのかという点である。実行行為が故意に担われていなければ、言い換えれば、実行行為と故意とが同時存在していなければ、故意既遂犯は成立しないのである。

本件の場合、第1行為に実行行為性を認めることができたとしても、第1行為に殺人の故意が肯定できるか否かは、それとは別個の主観的要件の問題である。本件は、保険金目的であり、第1行為であるクロロホルム吸引行為によって被害者を殺害することは、むしろ、行為者らは回避したい結果だったのであり、かりに故意の内容を実現意思と解するならば、そのような意思はなかったといわざるを得ないのではなかろうか。

判例の結論の基礎にあるのは、所為決意の存在によって故意を肯定する

考え方であるように思われる。たしかに、一般には、所為決意 (Tatentschluss)⁽¹⁷⁾ と故意 (Vorsatz) とは同一のものであると解されている。これによれば、たとえば、ピストルで殺害しようと決意し、被害者を前にして、ピストルの掃除をしていたら暴発し被害者に命中し死亡した場合、掃除行為の段階で所為決意すなわち故意があることは認めつつ、しかし、殺人既遂罪の成立を認めることは妥当でないことから、実行の着手があったか否かが問題とされ、着手が肯定されれば、因果関係の錯誤の問題となり、着手が否定されれば、過失犯の問題となる、という処理を行うのである。

しかし、所為決意と故意とは異なるものと解すべきである。所為決意と故意とは、密接な内的関係にあるが、しかし、重要な差異がある。すなわち、所為決意は、故意行為以前に存在し、故意行為に向けられた意図的狀態であり、「故意行為を遂行することの決意」である。したがって、所為決意が存在したからといって、故意が存在することにはならないのである。客観的な実行行為と同時存在しなければならないのは、所為決意ではなく、故意なのである。

それでは、本件の場合、クロロホルム吸引行為時に故意は存在するであろうか。結論からいえば、(殺人の着手の) 故意は肯定し得るように思われる。この点は、実行行為の性質と故意との関係が問題となる。

実行行為は、行為規範違反行為であり、それを徴表するものとして法益に対する抽象的危険が存すれば足りる。本件において、クロロホルム吸引行為にはこれが認められることから、実行行為性、そして、実行の着手が肯定できる。さらに、行為者には、このような(生命に対する)抽象的危険の認識があるから、(殺人の) 故意が認められ、結局、殺人の実行の着手は肯定でき、クロロホルム吸引行為によって、生命の具体的危険に至るものとの認識も認められるであろう。

それでは、その結果として被害者が死亡したのであるから、殺人既遂犯が成立することになるのであろうか。未遂構成要件と既遂構成要件とが結

果発生の有無という客観的側面の違いしかないとするれば、結果が発生したのであるから、既遂犯の成立が認められることとなろう。しかし、修正された構成要件である未遂構成要件が、いかなる意味で修正されているのか、何を修正しているのかという問題を検討する必要がある。一般には、結果発生の有無という客観面だけが修正されると考えられている。すなわち、結果が発生しない場合にも、刑43条本文によって、未遂犯という修正（拡張）された構成要件が形成されているがゆえに処罰されることになる。問題は、未遂犯においては、このような客観面の修正のみならず、主観面においても修正されているのではないかという点にある。⁽¹⁹⁾

行為規範・制裁規範という枠組みからすれば、既遂、未遂、予備などの犯罪の実現形態は、たとえば、「人を殺すな」という行為規範における差異ではなく、正犯・共犯と同様、制裁規範における差異なのである。⁽²⁰⁾ 未遂犯は、43条によって、結果が発生していないにもかかわらず、処罰が拡張されているわけであり、そこでは、故意の内容としても、構成要件の結果の認識、実行行為（私見によれば、抽象的危険）の認識、具体的危険に至るものとの認識で足りるのであるが、各則の既遂構成要件を充足するためには、結果発生という客観的要素が存在することに加えて、その結果が自己の行為の作用として発生することの認識が必要と考えるべきである。すなわち、危険の実現についての認識が必要なのである。既遂犯においては、まさに、このような認識があってはじめて既遂犯としての可罰性が肯定され、既遂犯としての制裁規範が適用されることになろう。このような故意を、既遂故意と称することができよう。⁽²¹⁾

故意には、構成要件の結果の認識という要素と実行行為の性質の認識という2つの要素が必要である。⁽²²⁾ 後者については、①抽象的危険に至るものとの認識、②具体的危険に至るものとの認識、③危険の実現に至るものとの認識というように段階があり、それぞれ、①予備故意、②未遂故意、③既遂故意ということができる。いわば、①と②は抽象的危険と具体的危険という差異があるにせよ、どちらもその認識は危険性（Gefährlichkeit）

の認識であり、他方、③は危殆化 (Gefährdung) の認識である。したがって、たとえば、ピストルで殺害しようと決意し、被害者を前にして、ピストルの掃除をしていたら暴発し被害者に命中し死亡した場合、①の認識しかないにもかかわらず、客観的には、③の事実が発生したのであるから、予備の故意で既遂結果が発生したのであり、38条2項により (予備構成要件と既遂構成要件との間の錯誤)、殺人予備罪しか成立しない (重過失致死罪との併合罪)。本件においては、①と②の認識しかないところ、③の事実が発生したのであるから、未遂の故意で既遂結果が発生したのであり、38条2項により (未遂構成要件と既遂構成要件との間の錯誤)、殺人未遂罪の成立が認められることになろう (重過失致死罪も成立するが、殺人未遂罪に包括一罪として吸収され、さらに、第2行為の殺人未遂罪も第1行為の殺人未遂罪に吸収されることになろう)。

6 結 語

以上のように、「早すぎた構成要件の実現」の問題は、結局、故意の認識的側面に関わり、実行行為の質的側面に対する行為者の認識の問題と位置づけることができよう。故意既遂犯が肯定されるためには、「ここで今」構成要件的に重要な危険を設定するという認識が必要である。いわば、既遂故意として、「止めを刺す」ことを認識していなければならないのである。これに対して、「早すぎた構成要件の実現」を客観的帰属の問題と位置づけ、故意既遂犯を肯定する見解がある⁽²³⁾。しかし、「早すぎた構成要件の実現」の場合、結果の客観的帰属の問題以前に、実行行為の性質の認識、あるいは、実行行為性それ自体が問題なのであり、もっぱら客観的帰属によって解決する見解は、因果の起点としての行為 (実行行為) を軽視するものであり、妥当ではないだろう⁽²⁴⁾。

「早すぎた構成要件の実現」において既遂犯を肯定する考え方は、行為者が、発生した結果を「結局のところ」志向していたということ理由とす

るものであり、行為規範の内容を、「結局のところ」犯罪結果を惹起するな、という犯罪論上意味のない禁止規範に変容させ、これは犯罪構成要素の同時存在原則をまったく無視する考え方といわざるを得ない。また、既遂犯説は、「故意結果犯」の構造を「故意危険犯（抽象的危険犯あるいは具体的危険犯）プラス結果発生」という構造に転化させるものであるという批判も可能であろう。もっとも、私見によれば、このような構造を、客観的側面においては認めることができるとしても、主観的側面においては、故意危険犯の認識だけで故意既遂犯の成立を認めることはできないのである。

- (1) ベランダ殺人事件については、石井徹哉「いわゆる早すぎた構成要件の実現について」奈良法学雑誌15巻1・2号（2002年）1頁以下、山中敬一「いわゆる早すぎた構成要件実現と結果の帰属」『現代社会型犯罪の諸問題—板倉古稀』（2004年）97頁以下、高橋則夫「犯罪論における同時存在原則とその例外」『刑事法の理論と実践—佐々木喜寿』（2002年）47頁以下参照。
- (2) シャクティ治療殺人事件については、高橋則夫「実行行為・故意・共同正犯」現代刑事法5巻6号（2003年）99頁参照。なお、2審判決（東京高判平15・6・26高検速報3203号）は、1審判決が殺意の時期を病院からの「連れ出し行為」の時点としたことには事実誤認があり、殺意の発生時期をホテルに搬入した後と認定した。1審判決が、病院からの「連れ出し行為」を作為、ホテルでの「不保護行為」を不作为として、一連の実行行為と解して、前者にも故意の存在を肯定したのに対して、故意の存在を第2行為にのみ肯定したわけである。しかし、依然として、故意と実行行為、危険性と実行行為の存在時期について不明確性が残るといわざるを得ない。
- (3) 本判決の評釈及び関連論文として、門田成人・法学セミナー594号（2004年）116頁、前田雅英「演習」法学教室288号（2004年）114頁、同「実行行為と故意」『最新重要判例250（5版）』（2004年）15頁、古川崇・警察公論59巻9号（2004年）109頁以下、高森高德・研修672号（2004年）131頁以下、小川新二・研修673号（2004年）3頁以下、林幹人「早すぎた結果の発生」判例時報1869号（2004年）3頁以下、佐藤琢磨「早すぎた構成要件実現について」法学政治学論究（慶應大）63号（2004年）225頁以下、清水晴生「実行行為性の認識に関する符合判断について」白鷗法学24号（2004年）43頁以下、山口厚「実行の着手と既遂」法学教室293号（2005年）104頁以下、平木正洋「時の判例」ジュリスト1284号（2005年）134頁以下、奥村正雄・判例セレクト2004（法学教室294号別冊）（2005年）31頁などがある。なお、ドイツにおいても、類似の判例は以前からあるが、近時2つの判例が注

目に値する。BGH NStZ 2002, 309; 475参照。これらの判例については、佐藤・前掲論文230頁以下、山中・前掲論文103頁以下に詳しい。ドイツの学説状況については、Roxin, Zur Erfolgszurechnung bei vorzeitig ausgelöstem Kausalverlauf, GA, 2003, S. 257ff. 参照。ロクシンは、「既遂故意」の理論に反駁を加え、「早すぎた構成要件の実現」については既遂犯説を採用する。

- (4) さらに、近時の興味深い判例として、最決平16・10・19判時1879号150頁がある。本決定は、高速道路を乗用車で走行していた被告人が、トレーラーを運転していたXの運転態度に立腹し、Xに文句を言うため、X車の前に割り込み、停車を求め、高速道路のかかなり交通量のある追越車線に自車及びX車を停止させるといふ過失行為により、X車に後続車を追突させて同車の運転者及び同乗者三名を死亡させ、同乗者一名に重傷を負わせた業務上過失致死傷等に問われた事案であるが、高速道路上での停止という過失行為後、被告人が降車してXに暴行を加え、Xも反撃し、その後、被告人は走り去ったものの、Xはエンジンキーを探し回っていたため、後方から被害車両がX車に衝突したという事実経過があり、被告人の過失行為と死傷結果との間の因果関係が問題となったわけである。本決定は、被告人の過失行為は、後続車の追突等による人身事故につながる重大な危険性を有し、他人の行動等が介在して発生したとしても、被告人の過失行為及びこれと密接に関連する一連の暴行等に誘発されたものであるとして、因果関係を認めた原判決を是認した。本決定においては、「夜間潜水事件」(最決平4・12・17刑集46巻9号683頁)に類似する判断が行われているが、過失行為後の暴行の位置づけについては、必ずしも明らかとされているわけではない。すなわち、それは介在事情か実行行為かという問題が提起されているように思われる。本決定は前者の立場であると考えられるが、後者の面も完全には否定できないのである。なぜなら、「過失行為及びこれと密接に関連する一連の暴行等に誘発された」という判示は、実行行為を2つと評価したとも考えることができるからである。そうであれば、「停止させた行為」(第1行為)と「暴行行為」(第2行為)という2段階で行われた、複数行為による結果惹起の問題と解することもできるであろう。

- (5) Sowada, Der umgekehrte »dolus generalis« : Die vorzeitige Erfolgsherbeiführung als Problem der subjektiven Zurechnung, Jura, H12, 2004, S. 814ff. 参照。なお、ソワダの解決策は、必ずしも明らかではないが、第2行為に実行の着手が認められるかを問題として、それが肯定されれば、第1行為による結果については、過失犯が成立し、第2行為について、(殺人)未遂罪の成立を認めている。たしかに、第2行為については、「死体に対する殺人」という不能犯か否かの問題があり、事前判断を貫く具体的危険説によれば、殺人未遂罪の成立可能性はあるだろう。しかし、そうであれば、本件最高裁決定のように、第1行為に殺人既遂を認めることとの整合性が問題となろう。殺人既遂罪と殺人未遂罪とが成立すると解することは、罪数上、殺人既遂罪一罪とするにせよ、被害者がまさに「二度死ぬ」(可能性のある)ことを認めることとなろう。このことは、ソワダのように、第1行為

に過失致死罪の成立を認める見解にも妥当する。

- (6) これに対して、山中・前掲論文118頁以下は、「早すぎた構成要件の実現」の問題を実行の着手以降の問題に限定するが、そのように限定する意味はないように思われる。たしかにドイツでは、そのように理解されている傾向にあるが、それは、後述するように、所為決意と故意とを同一視することの結果であることに注意しなければならないだろう。もっとも、本稿では、基本的に、未遂段階における「早すぎた構成要件の実現」を考察の対象とする。
- (7) 横浜地判昭58・7・20判時1108号138頁。本判決につき、伊藤渉・刑法判例百選Ⅰ総論〔5版〕（2003年）124頁参照。
- (8) 高橋・前掲「犯罪論における同時存在原則とその例外」50頁参照。
- (9) 「複数行為による結果惹起」の問題を以前から論じていたのは、ルシュカであった。Hruschka, Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, JuS, H5, 1982, S. 317ff. 参照。なお、ルシュカは、後述する、所為決意と故意とを厳格に区別する立場から、「早すぎた構成要件の実現」については、未遂説を採用している。
- (10) 石井・前掲論文6頁参照。
- (11) 行為規範違反があつてこそ、結果に対する無価値判断が可能となるのであり、その逆ではない。Mikus, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, 2002, S. 24のいうように、「結果不法の概念は、行為の否定的評価を包含するのではなく、行為の否定的評価を前提とする」のである。また、Hübner, Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, 2004, S. 300のいうように、「規範は、具体的結果が発生した時点では、働かない」のである。ちなみに、私見によれば、具体的危険の発生及び侵害の発生は、制裁規範に包含されるものである。
- (12) 最大判昭49・5・29刑集28巻4号114頁は、「一個の行為とは、法的評価を離れ構成要件の観点から捨象した自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的見解上一個のものとして評価を受ける場合をいうと解すべきである。」と判示している。もっとも、刑法的评价の対象となる行為の判断と罪数問題における行為の判断とがまったく同一の判断となるわけではない。
- (13) なお、社会的行為論は、「許されざる危険の創出」を基調とする客観的帰属論の先駆的学説であり、客観的帰属論を展開する上で不可欠な行為論であるように思われる。このような研究として、Voßgätter Niermann, Die sozialen Handlungslehren und ihre Beziehung zur Lehre von der objektiven Zurechnung, 2004がある。
- (14) 「実行の着手」概念を、もっぱら「その段階にきたときに処罰するという段階を画する概念」と把握する平野博士の見解がその代表的なものである。平野竜一「正犯と実行」『犯罪と刑罰—佐伯還暦（上）』（1968年）456頁〔同『犯罪論の諸問題（上）総論（1981年）』130頁所収〕参照。
- (15) 曾根威彦「遡及禁止論と客観的帰属」『現代社会型犯罪の諸問題—板倉古稀』

- (2004年) 153頁は、前出昭和58年横浜地裁判決に対して、ガソリンを散布する行為を放火の予備罪、ライターでタバコに火を点ける行為を失火行為と結論づけていることから、本判決についても、殺人予備罪と(重)過失致死罪の成立を認めるか、あるいは、傷害の故意が認定されれば、傷害致死罪の成立を認める帰結となろう。本判決について、傷害致死罪の成立を認める(と思われる)見解として、石井・前掲論文36頁、門田・前掲論文116頁参照。
- (16) 判例における「実行の着手時期」の展開については、山口・前掲論文107頁以下、小川・前掲論文7頁以下参照。
- (17) 所為決意と故意とを同一視するのがドイツにおける通説であるが、両者は別物であるという見解も少なからず主張されている。これについては、Eser/Burkhardt, Juristischer Studienkurs Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, S. 95参照。さらに、Struensee, Versuch und Vorsatz, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 523ff. 参照。
- (18) 高橋・前掲「犯罪論における同時存在原則とその例外」64頁参照。
- (19) 平野博士が着手未遂の場合に故意を主観的違法要素と解するのも、未遂構成要件における主観面の修正の一例である。平野竜一『刑法総論Ⅰ』(1972年)124頁以下参照。なお、山口・前掲論文110頁以下は、既遂構成要件における実行行為と未遂構成要件における実行行為とを区別し、前者の実行行為を結果惹起行為と捉え、それに対応する故意を既遂故意とする見解である。本文で述べるように、私見は、両構成要件において、実行行為性は同じであり、客観面を越える主観的超過要素としての故意の内容が異なると解するものである。
- (20) 正犯・共犯における行為規範と制裁規範の関係については、高橋則夫「正犯・共犯類型と共謀共同正犯の規範論的基礎づけ」早稲田法学78巻3号(2003年)134頁以下参照。
- (21) このように、既遂故意というものを肯定し、未遂故意とは区別する見解として、町野朔「因果関係と錯誤理論」法学研究(北海学園大)29巻1号(1993年)229頁、石井・前掲論文30頁以下、林・前掲論文5頁以下、山口・前掲論文110頁以下、西村秀二「早まった結果惹起について」富大経済論集46巻3号(2001年)115頁以下参照。なお、因果関係の錯誤として故意既遂犯を否定するものとして、松宮孝明『刑法総論講義[3版]』(2004年)225頁参照。これに対して、故意既遂犯の成立を認める見解として、山中・前掲論文125頁以下、佐藤・前掲論文246頁以下など参照。
- (22) シュリービッツは、故意の認識的要素には2つの要素があり、一つは、結果発生に関する「予測的要素(prognostisches Element)」であり、もう一つは、犯罪行為(Tathandlung)に関する「診断的要素(diagnostisches Element)」であるという注目すべき分析を行っている。Schliebitz, Die Erfolgszurechnung beim "misslungenen" Rücktritt, 2002, S. 66参照。
- (23) 山中・前掲論文125頁参照。

- (24) 客観的帰属論における構成要件該当行為の位置づけについては、Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988; Lukas, "Tatbestandsmäßiges Verhalten" versus "objektive Zurechnung" im Strafrecht, 1996など参照。さらに、杉本一敏「相当因果関係と結果回避可能性（六・完）」法研論集（早稲田大学）106号（2003年）152頁以下も参照。